Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Vierzehnter Band. Erſtes Heft.

I.

Von dem Verzichte auf Rechtsmittel.

Vom
Großh. Miniſterialrath Herrn Dr. F. Linde zu Darmſtadt.

§. 1.

Römiſches Recht.

Wir haben keine Spur, daß in den älteſten Zeiten Roms mit einer unzuläſſigen oder doch grundloſen Appellation eine Strafe verbunden geweſen wäre. Die erſte Nachricht davon gibt uns Tacitus [1]). Hiernach war zu Nero's Zeiten die Appellation an den Imperator ſchon mit einer poena verbunden, und dieſe Beſtimmung dehnte Nero auf Appellationen an den Senat aus. Worin dieſe poena beſtanden, ſteht dahin. Zu Julius Paulus Zeiten [2]) hatte ſich hier-

1) Tacitus Annal. L. XIV. cap. 28. „Auxitque Patrum honorem, statuendo, utqui a privatis iudicibus ad Senatum provocavissent, ejusdem pecuniae periculum facerent, cujus ii, qui Imperatorem appellavere. Nam antea vacuum id solutumque poena fuerat.“

2) Zimmern Geſch. d. röm. Rechts Bd. 1. Abth. 1. §. 100. Die Sententiae receptae (Sententiarum lib. V.) ſind wahrſcheinlich unter Caracalla verfaßt. Vergl. Schulting in der Jurisprud. vet. Antejustin.

über ein umfaſſenderes Syſtem ausgebildet, wornach der Appellant innerhalb fünf Tagen, vom Empfange der literae (libelli dimissorii, apostoli) durch Depoſition oder Bürgſchaft für den Fall des Unterliegens, bei dem Unterrichter eine beſtimmt zu bezeichnende, gewöhnlich den dritten Theil des Streitgegenſtandes betragende Summe, ſpondiren ſollte [3]). Außerdem mußte der Appellant, wenn die Appellation als grundlos verworfen wurde (quoties iniusta appellatio pronunciatur) die vierfachen Koſten bezahlen [4]). Im Verlaufe der Zeit fielen dieſe Sponſionen und Strafen fort [5]) und insbeſondere weiſen Diocletian und Maximian den Richter nur an, den der temere appellirt habe, mediocriter zu beſtrafen [6]). Später treten wieder härtere Strafen ein. Conſtantin verordnete nämlich im J. 331, daß Jeder, der ungerecht und grundlos appellire oder ſupplicire [7]) wenn er reich ſey, die Hälfte ſeines Vermögens zum Vortheile des Fiskus verlieren, und auf zwei Jahre relegirt; wenn er arm ſey, zwei Jahre in die Bergwerke gebracht werden ſolle [8]). Daneben ſetzten ſchon Conſtan-

---

3) Pauli S. R. V. 33. Ob es dieſe Sponſion geweſen iſt, welche Nero bei den Appellationen an den Senat einführte, wie Zimmern a. a. O. B. III. S. 511 annimmt, wiſſen wir nicht. Zu Papinians Zeiten kommen vertragsmäßige Renunciationen nach eingelegter Appellation vor. Fr. 40. §. 1. de pactis. 2, 14.

4) Pauli S. R. V. 37.

5) Const. 6. §. 5. de appellat. et consult. 7, 62. (*Dioclet.* et *Maxim.*)

6) Const. 6. § 4. de appellat. et consultat. 7, 62. „Ne temere autem ac passim provocandi facultas praebeatur, arbitramur eum, qui malam litem fuerit persecutus, mediocriter poenam a competente judice sustinere.“

7) Const. un. (bei Wenck Const. 3.) C. Theod. de officio praef. praet. 1, 5. „Quam legem — debebis.“

8) Const. un. cit. v. Löhr Ueberſicht der Conſtit. I. S. 30. — Schon in einer ältern Verordnung, doch auch v. J. 331,

tius und Conſtans im J. 354 auf verbotene Appellationen eine Strafe von fünfzig Pfund Silber [9]), welche Strafe immer mehr wiederholt [10]), auch in Fällen erlaubter, aber grundloſer Appellationen angewendet [11]), zugleich aber auch ausgeſprochen wird, daß nur im Geſetze vorgeſehene [12]), nicht aber auch auf Sponſionen oder Willkühr der Richter beruhende, Strafen verhängt werden ſollen.

Ohne Zweifel ſtand mit dieſen Strafbeſtimmungen die Unzuläſſigkeit der Revocation der einmal interponirten Appellation in Verbindung, worüber Valentinian im J. 387 folgendes verordnete:

ſagt Conſtantin: „Superatus enim, si injuste appellasse videbitur, lite perdita *notatus* abscedet.“ Const. 16. Cod. Theod. de appellat. 11, 30. (Const. 19. Cod. Inst. eod. 7, 62.) Betrachtet man die unerhört harten Strafen der Const. un. cit., ſo iſt es nicht unwahrſcheinlich, daß durch jene Const. 16. cit. die Strafe der Infamie angedroht worden iſt. Gothofredus ad Cod. Theod. (Edit. Ritter. Lips. 1740. T. IV. p. 251.) L. XI. Tit. 30. Const. 16. Zimmern a. a. O. III. S. 531. N. 7. Zweifelhaft iſt Hefftter Inſtitut. S. 480. N. 13. Dazu kommt noch, daß gleichzeitig mit Const. 16. Cod. Theod. cit. verordnet wird, daß wer zu appelliren unterlaſſen hat, und ſich nur durch Supplication helfen will, mit der deportationis poena beſtraft werden ſoll. Const. 17. Cod. Theod. 11. 30. (Conſtantin. 331.) (Const. 3. Cod. Inst. ut lite pend. 1, 21. wo aber nicht deportationis, ſondern „ignominiae poena notabitur“, angedroht iſt. v. Löhr a. a. O. S. 31.)

9) Const. 10. C. T. quor. appellat. 11, 36.

10) Const. 15. 16. eod. (Valentinian. et Valens. 364. Const. 25. eod. (378). Const. 40. Cod. T. de appellat. (383). Const. 30. C. T. 11, 36. (385). Const. 50. C. T. 11, 30. (393). Const. 65. eod. (415).

11) Const. 25. C. T. 11, 36.

12) Const. 43. C. T. 11, 30. Hierin iſt nicht (wie Zimmern a. a. O. S. 531 a. E. u. S. 532 behauptet) verboten, in andern, als in den geſetzlich angeordneten Fällen, Strafen aufzuerlegen, ſondern nur geſetzlich angedrohte Strafen ſind anbefohlen.

„Revocare appellationem suam unicuique minime permittatur, sed sacro auditorio totius negotii examinatio reservetur. Quod si hac lege neglecta gratiam siuerit [13]) appellationis, et ipse quinquaginta libras argenti, et eius officium parem summam condemnationis inferre cogetur“ [14]).

Ueber den Umfang dieſer ſehr beſtimmt und allgemein ſprechenden Verfügung ſcheinen aber dennoch verſchiedene Meinungen entſtanden zu ſeyn, weshalb Arcadius und Honorius im J. 396 eine modifizirende Verordnung erließen:

„Repugnantes priscorum sententias Nostra Serenitas temperavit. Si quis itaque libellos appellatorios ingesserit, sciat intra triduum, post oblationem legitimam, non ex quo est sententia deprompta, appellatorem habere licentiam arbitrium commutandi, ne iustae poenitudinis humanitas amputetur“ [15]).

Dieſes bis jetzt angegebene Syſtem ging in die Juſtinianiſche Compilation nur ſehr modifizirt über, wie zum Theile ſchon gelegentlich angedeutet worden iſt. Hiernach iſt namentlich der Richter im Allgemeinen angewieſen, den, der temere appellirt hat, mediocriter zu beſtrafen [16]), und insbeſondere ſind noch die Infamie [17]) aber auch die fünfzig Pfund Gold [18]) als Strafe angedroht, und endlich iſt die

---

13) i. e. fecerit.

14) Const. 48. Cod. Theod. de appell. 11, 30.

15) Const. 56. C. T. 11, 30. Ob die dreitägige Friſt erſt hierdurch, oder ſchon durch ein früheres Geſetz eingeführt war, und durch die angeführte Conſtitution blos der Anfangstermin beſtimmt werden ſollte, bleibt ungewiß.

16) Const. 6. §. 4. de appellat. 7, 62. S. oben.

17) Const. 19, eod. 7, 62. und die interpolirte Const. 17. C. T. 11, 30. als Const. 3. Cod. Just. 1, 21. S. oben.

18) In dieſer Beziehung iſt namentlich die Const. 25. C. T. 11, 36. als Const. 5. Cod. Just. quor. appell. non recip.

Verordnung von Arcadius und Honorius (Const. 56. C. T. 11, 30.) interpolirt aufgenommen:

„Si quis libellos appellatorios ingesserit, sciat se habere licentiam arbitrium commutandi, et suos libellos recuperandi, ne iustae poenitudinis humanitas amputetur“.

Es bleibt immer schwierig, aus diesen, in die Justinian. Compilation übergegangenen, Bestimmungen ein sicheres, für die Anwendung brauchbares System zu entwickeln, weil verschiedene Strafen, mit welchen appellirt werden soll, übereinander gestellt sind, ohne daß bestimmte Grenzen, oder ein bestimmter Umfang für die Anwendung der einzelnen Strafen angegeben wäre, und die arbiträre Strafbefugniß des Richters mit andern bestimmten Strafen sich auch nicht wohl verträgt.

Rücksichtlich der Zulässigkeit der Revocation der Appellation behauptet man allgemein, daß Justinian diese unbedingt gestattet habe, indem er die Const. 56. Cod. Theod. de appellat. interpolirt, und die beschränkenden Worte

---

7, 65. aufgenommen, und die Bestimmung: „Sciant autem provocatores, se vel ab executione appellantes, vel ab articulo, si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit, quinquaginta librarum argenti animadversione multandos“, dadurch, daß hinter dem Worte articulo der, im Theodosian. Codex vorkommende Zusatz: „ex his duntaxat causis, ex quibus recipi iussimus provocationem“ gestrichen worden ist, so generell gehalten, daß man anzunehmen geneigt seyn kann, diese Bestimmung gelte, seit Justinian, von allen an sich zulässigen, aber doch ungegründeten Appellationen. Selbst der erläuternde Zusatz im Theodosian. Codex steht nicht entgegen, sondern rechtfertigt durch es die allgemein lautende Verfassung, die Strafe von allen nicht verbotenen aber grundlosen Appellationen zu verstehen, so daß durch dieses Gesetz v. Löhrs Ansicht (Uebers. der Constitut. I. S. 76 a. E.) gerechtfertigt erscheinen dürfte. A. M. ist Zimmern a. a. O. III. S. 531. Note 8.

„intra triduum“ fortgelaſſen habe [19]). Allein aus dem Weglaſſen dieſer Worte folgt höchſtens, daß Juſtinian die Revocation ſo lange für zuläſſig erklären wollte, als die libelli appellatorii, die bekanntlich beim iudex a quo eingereicht wurden [20]), und von dieſem mit den Acten dem Oberrichter überreicht werden mußten [21]), beim Unterrichter vorhanden waren, denn von einer allgemeinen Renunciation ſpricht Juſtinian eben ſo wenig, als Arcadius und Honorius, und es iſt gewiß nicht ohne Bedeutung, daß Juſtinian die Worte libellos recuperandi hinzugefügt hat. Auch vertrug ſich eine unbedingte Revocationsbefugniß in jedem Stadium des Proceſſes nicht mit andern, von Juſtinian ſelbſt herrührenden Einrichtungen, namentlich mit Const 39. Cod. de appellat. worin er ſagt: Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniant, antiquam observationem emendamus: cum in appellationum auditoriis, is solus post sententiam iudicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae haec non fecisset, sententiam sequi, qualiscunque fuisset, compellenda. Sancimus itaque, si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam, et adversarius eius si quid iudicatis opponere maluerit si praesto fuerit, hoc facere, et iudiciale mereri praesidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere. Die aus dieſer ſ.g. Gemeinſchaft der Rechtsmittel für den Appellaten folgenden Rechte, würde

19) Const. 28. C. Just. 7, 62. Gothofredus ad Cod. Theod. T. IV. p. 282. G. L. Boehmer l. c. S. 7. Gönner Handbuch des gem. d. Proc. III. S. 185. Note. Zimmern a. a. O. III. S. 522.

20) Fr. 5. S. 4. de appellat. et relat. 49, 1. Const. 6. S. 5. Const. 12. de appell. 7, 62.

21) Const. 24. eod. 7, 62. Nov. 126. c. 3.

der Appellant durchaus vernichten können, wenn er eine unbedingte Renunciationsbefugniß in dem Sinne ausüben dürfte, daß damit das Appellationsverfahren sofort aufgehoben werden mußte. Daß in solcher Lage des Processes das Appellationsverfahren nur mit Uebereinstimmung beider Theile aufgehoben werden konnte, scheint Justinian auch in Const. 5. § 6. de tempor. et reparat. 7, 63. anerkannt zu haben. Denn nachdem er hier die verschiedenen Fristen, welche nach eingelegter Appellation, die Einführung beim Oberrichter regeln sollten, so wie den Betrieb der Sache angeordnet hatte, fügte er hinzu: „Sin autem partes inter se scriptura interveniente, pacissendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale observare, eorum pactionem firmam esse censemus. Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.“

Da nun sowohl, bevor eine Sentenz erlassen [22]), als auch bevor Appellation eingelegt worden [23]), ein Verzicht auf die Appellation zulässig war, so bezog sich die austeritas legum nur auf den Fall nach eingelegter Appellation. In einer Beziehung war durch diese Constitution v. J. 529 die Verordnung Valentinians v. J. 387 (Const. 48. C. Theod. 11, 30.) schon beschränkt; wenn nun die interpolirte Const. 28. C. Just. 7, 62. den Sinn hätte, welcher gewöhnlich darin gefunden wird, so enthielte die Const. 5. §. 6. Cod. Just. 7, 63. insofern eine sehr sonderbare Bestimmung, als hierin die Renunciation auf ein Rechtsmittel von einer schriftlichen Uebereinkunft abhängig gemacht worden wäre, während nach Const. 28. Cod. 7, 62. ein einseitiger Verzicht hinreichte.

---

22) Fr. 1. §. 3. quibus appell. non licet. 49, 2.

23) Const. 3. ut lite pend. 1, 21. Const. 4. in f. de sent. quae sine certa quant. 7, 46. Const. 1. de his, qui per metum. 7, 67. Const. 5. de re iud. 7, 52.

§. 2.

Canoniſches Recht.

Das canoniſche Recht erkennt die Gültigkeit des Verzichts auf die Appellation ſowohl vor dem Urtheile [24]), als auch nach ſchon eingelegter Appellation an, und zwar ſowohl einen einſeitigen ausdrücklichen [25]) als ſtillſchweigenden [26]) Verzicht, aber auch einen ſolchen, der auf Uebereinſtimmung beider Theile beruht [27]).

Eine genauere Anſicht dieſer Beſtimmungen des canoniſchen Rechts, ergiebt, daß auch hiernach in jeder Lage des Proceſſes ein einſeitiger Verzicht nicht zuläſſig war, dieſer vielmehr nur ante inchoatam prosecutionem appellationis, invito appellato geſchehen konnte. „Ille denique, qui vocem appellationis emisit, *cuius nondum est alii cognitio delegata* ad petitionem ejusdem, ad eum, a quo provocavit, de iure remittitur, contradictione partis alterius non obstante, in legitimis expensis adversario, quas eum propter hoc fecisse constiterit, condemnandus [28]).

§. 3.

Reichsgeſetzgebung.

In der Wiſſenſchaft und Rechtspflege wurde allgemein der Grundſatz aufgeſtellt: daß ein unbedingter

---

24) Gregor IX. an. 1235. Cap. 71. x. de appellat. 2, 28.

25) Cap. 70. §. 2. x. eod. (Gregor IX. a. 1235.) Cap. 4. eod. in 6. 2, 15. (Innoc. IV. c. a. 1245.) Cap. 10. de elect. et elect. potest. 1, 6. (Gregor X. a. 1273.)

26) Cap. 20. x. de off. et potest. iud. deleg. 1, 29. (Urban. III. c. a. 1186.) Cap. 25. x. de test. 2, 20. (Urban. III. c. a. 1186.) Cap 6. de appellat. in 6to. 2, 15. (Bonifacius VIII. c. a. 1298). Cap. 54. x. de appellat. (Innocent. III. c. a. 1213.)

27) Cap. 35. x. de app. 2, 28. (Alexander III. c. a. 1175.)

28) Cap. 70. §. 2. x. de appellat.

Verzicht auf die Appellation zuläſſig ſey [29]), wobei man davon ausging, daß der Grundſatz in dieſer Allgemeinheit im römiſchen und canoniſchen Rechte anerkannt ſey. Auch die Reichsgeſetzgebung ſcheint ſolche Grundſätze als gültig vorauszuſetzen. In dieſer Beziehung wird in der C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 2. bei Gelegenheit der Abſtellung des Mißbrauchs, welchen ſich etliche Stände durch Beſchränkung der Appellation hatten zu Schulden kommen laſſen, geſagt, daß ein gezwungener Verzicht nicht gültig ſey, und dann bemerkt: „Es wäre dann, daß einer ſich freiwillig und ungedrungen vorhin der Appellation begeben, oder auch ſonſt von Rechtswegen nicht appelliren könnte oder möchte". Von derſelben Anſicht geht ohne Zweifel der J. R. A. aus, wenn er im §. 110. den Gerichten in quacunque parte iudicii anempfiehlt, für eine gütliche Beilegung des Streits zu wirken.

§. 4.

Umfang der folgenden Darſtellung.

Nach der jetzt allgemein angenommenen Theorie kann der Verzicht ausdrücklich oder ſtillſchweigend vor dem Da-

29) Man findet zwar, daß gegen die Richtigkeit jenes Grundſatzes Bedenklichkeiten erhoben wurden, die aber eben nicht geeignet waren, auf eine andere Anſicht zu führen. Man ſagte z. B. „quod appellatio sit species defensionis, defensio vero sit iuris naturalis, cui iuri renunciasi non licet; — oder quod appellandi usus frequens et necessarius sit (Fr. 1. de appell.) et ita appellatio favore publico introducta, privatorum renunciatione non videtur abrogari posse; — quod per tale pactum iudices videantur induci ad delinquendum, et occasio praebeatur iniuste pronunciandi — quod appellatio in odium inique iudicantium introducta sit, cui iuri partes renunciare non possunt; u. dergl. mehr. Auch fehlte es nicht an Juriſten, die es der Mühe werth hielten, ſolche Einwendungen ſorgfältig zu widerlegen. M. ſ. z. B. Gabr. Schweder de renunciatione appellationis. Ulm 1703. S. VII. (in deſſen Disputat. ed. Burgermeister. Esslingae 1731. Disp. 18. pag. 886 seq.)

ſeyn der Beſchwerde oder nachher vor oder nach eingewandtem Rechtsmittel, allgemein auf alle Rechtsmittel, oder ſpeciell auf beſondere geſchehen.

Gegen die Richtigkeit dieſer Sätze im Allgemeinen läßt ſich nicht nur nichts Erhebliches einwenden, ſondern ſie ſind ſogar durch die Geſetze mehr oder weniger ausdrücklich anerkannt. Nur über ihre Anwendung und Bedeutung in einzelnen Beziehungen, entſtehen manche Zweifel, weshalb die wichtigſten derſelben hier einer Prüfung unterworfen werden ſollen.

Man hat in dieſer Lehre nicht blos zu unterſuchen in wie weit ein Verzicht zuläſſig ſey, ſondern hauptſächlich, welche Folgen ſich an den Verzicht knüpfen. Erſt wenn man dieſe letzte Rückſicht gehörig mit ins Auge faßt, überzeugt man ſich, daß, die Gültigkeit des Verzichts vorausgeſetzt, ſehr viel darauf ankommt, in welcher Lage der Sache der Verzicht ſtatt gefunden hat, und ob der Verzicht einſeitig oder mit Uebereinſtimmung beider Theile erfolgte, und daß man deshalb nicht blos den Verzicht des Appellanten zu erwägen, ſondern nach Umſtänden eben ſo auf den des Appellaten zu ſehen hat.

Die Befugniß zu appelliren eröffnet dem Appellanten die Ausſicht auf Aufhebung einer Beſchwerde. So lange der Appellant von dieſer Befugniß noch gar keinen Gebrauch gemacht hat, hängt es, ſofern ein verzichtbares Recht dabei zur Frage ſteht, nach bekannten unbezweifelten Grundſätzen von ihm ab, von jener Befugniß keinen Gebrauch zu machen, und die Folge davon kann nur die ſeyn, daß ihm die Ausſicht auf Hebung der Beſchwerde verloren geht. Inſofern iſt der Verzicht eine Handlung deren Rechtsbeſtändigkeit rein in der Gewalt des zur Appellation befugten Subjects liegt. Hat dieſes aber einmal Schritte zur Hebung der Beſchwerde gethan, alſo dem Unterrichter erklärt, ſich bei der erfolgten Verfügung nicht beruhigen zu wollen, deſſen Thätigkeit ſofort ſuspendirt, und den höhern Richter um Hülfe

angerufen, so hängt nunmehr die Wirksamkeit des Verzichtes davon ab, ob durch diese Schritte auch andern Personen nach den Gesetzen Rechte erwachsen sind, wohin nicht blos der Appellat, sondern auch andere Personen, z. B. Streitgenossen, gehören können. In dieser Lage der Sache kann nun der Verzicht des Appellanten auf die Appellation immer noch die Folge haben, daß dieses Rechtsmittel für ihn keine vortheilhafte Wirkung durch eine Abänderung herbeiführt; ob aber auch die Folge, daß in höherer Instanz nicht Verfügungen im Interesse des Appellaten oder anderer Personen erfolgen, ist eine andere Frage, die ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten hat, und eine vielseitigere Behandlung unseres Gegenstandes nothwendig macht, als er sie seither gefunden hat.

Die positiven Gesetze haben, wie aus der früheren Angabe ihres Inhalts hervorgeht, die Lehre nicht umfassend berücksichtigt, nur wenige durchgreifende Grundsätze aufgestellt, und sind außerdem bei der Entscheidung einzelner Fälle stehen geblieben, hauptsächlich solcher, wo nicht ausdrücklich ein Verzicht ausgesprochen, sondern aus dem Benehmen einer Parthei zu folgern war. Die doctrinellen Versuche beschränkten sich auch mehr auf den Verzicht des Appellanten, besonders auf den stillschweigenden, und gingen selbst dabei nicht tief genug in eine Darstellung dessen, was uns die Gesetze bieten, im Zusammenhange ein.

§. 5.

Von dem ausdrücklichen Verzichte.

Der ausdrückliche Verzicht kann sowohl vor als nach erfolgtem Urtheile, und in diesem Falle vor und nach eingewandter Appellation geschehen.

1) Wenn Jemand ehe noch ein Proceß über einen bestimmten Gegenstand existirt, und jedenfalls ehe noch ein beschwerliches Urtheil erfolgt ist, der, erst künftig einzuwendenden, Appellation entsagt, so halten viele einen solchen Ver-

zicht deshalb für unverbindlich, und gestatten dem Verzichtenden dennoch die Appellation, weil derjenige, der zum voraus renunciirt, die Beschwerden nicht gekannt habe, welche ihm erst künftig zugefügt worden, eine Renunciation sich aber nicht auf solche Gegenstände erstrecke, an welche man zur Zeit der Renunciation nicht einmal gedacht habe. Daher sollen Renunciationen nicht einmal dann, wenn sie eidlich bestärkt wären, verbindlich seyn [30]). Andere unterscheiden ob die renunciatio simpliciter ab una saltim parte geschehen, oder per viam pacti et utriusque partis consensu, und erklären die letztere für gültig nicht auch die erstere; und noch Andere verlangen in jedem Falle zur Gültigkeit entweder Verzicht vor Gericht oder eidliche Bestärkung [31]). Diese Ansichten erscheinen aber sämtlich als verwerflich [32]), weil die Gesetze ausdrücklich einen vor der Sentenz erfolgten ausdrücklichen Verzicht für bindend erklärt haben, ohne in irgend eine jener Unterscheidungen und Bedingungen eingegangen zu seyn [33]); insbesondere ist der Fall, welchen Mehlen als Beispiel aufführt, von Gregor IX.

---

30) Mehlen über die Appellation §. 30. und daselbst S. 53. Note c Angeführtes.

31) S. darüber Schweder l. c. §. 11.

32) Schweder l. c. Boehmer l. c. §. 3. Gönner Handb. d. d. gem. Proc III. S. 188. (Der von Gönner angeführte Hommel Rhaps. quaest. for. obs. 379. spricht sich darüber gar nicht aus.)

33) Fr. 1. §. 3. a quib appell. non licet. „Si quis ante Sententiam professus fuerit, se a iudice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit.“ Die Const. ult. §. 6. de temp. et reparat. gehört aber nicht hierher, weil sie nur auf den Verzicht einer schon eingewandten Appellation bezogen werden darf, weshalb auch ihre Vorschrift, daß Scriptura interveniente verzichtet werden müsse, auf den Verzicht vor dem erfolgten Urtheile keine Anwendung leidet.

im J. 1235 ausdrücklich gegen Mehlens Ansicht entschieden [34]).

2) Wenn der Verzicht nach ergangener Sentenz erfolgt, so ist zu unterscheiden: ob er vor eingelegtem Rechtsmittel oder erst nachher erfolgt ist.

A. Wird post sententiam latam vor eingelegter Appellation verzichtet, so ist der Verzicht eben so gültig, als der vor erfolgter Sentenz, insbesondere können auch alle diejenigen Bedenklichkeiten, welche man dem vor der Sentenz erfolgten Verzichte entgegengesetzt hat, hier nicht erhoben werden, weshalb auch über diesen Fall kein nur irgend zu berücksichtigender Streit herrscht [35]). Auch sind unbedenklich alle Gesetze, welche in solcher Sachlage einen stillschweigenden Verzicht anerkennen, mit gleichem Grunde für einen ausdrücklichen Verzicht entscheidend [36]).

B. Wird post sententiam latam nach eingelegter Appellation verzichtet, so ist ferner zu unterscheiden

a) ob der Verzicht vor der Rechtfertigung der Appellation vor dem Oberrichter erfolgte. Auch in dieser Sachlage ist ein einseitiger Verzicht zulässig; denn so lange noch keine Appellationsrechtfertigung erfolgt ist, hat wenigstens der Appellat auf die dadurch eröffnete höhere Instanz kein Recht, und wenn gleich durch die Interposition der Appellation die Thätigkeit des Unterrichters suspendirt, und die des Oberrichters begründet ist, so haben doch die positiven Gesetze die Zulässigkeit in diesem Stadium des Processes

---

34) Cap. 71. x. de appell. 2, 28. „Inquisitioni tuae taliter respondemus: quod quoties clausula, per quam tollitur appellationis remedium, in medio literarum ponitur; si sunt plura negotia se minime contingentia, tantum praemissa complectitur, nisi forte in fine literarum praedicta clausula iteretur.“

35) Ulich Abh. v. d. Appellation. §. 141. S. 173 f. Mehlen a. a. O. S. 51. Lit. A. Gönner a. a. O. S. 186. §. 32.

36) S. oben Note 23.

ausdrücklich noch anerkannt [37]). Wegen Streitgenoſſen wird unten das Nähere angegeben werden.

b) Wird dagegen erſt nach erfolgter Rechtfertigung vor dem Oberrichter der Verzicht ausgeſprochen, ſo kann ſich, da jetzt die ſ.g. Gemeinſchaft des Rechtsmittels eingetreten iſt [38]), daran nicht mehr die Folge knüpfen, daß nun das Appellationsverfahren als ſiſtirt und aufgehoben in Betreff einer Prüfung der angegriffenen Sentenz anzuſehen wäre. Das Verfahren iſt nunmehr bis zu dem Punkte fortgeſchritten, daß auch der Appellat auf deſſen Fortſetzung ein ſo wohlbegründetes Recht hat, daß er einſeitig eine Entſcheidung zweiter Inſtanz betreiben kann [39]), und gerade bei der Gelegenheit, wo Juſtinian dieſes Recht dem Appellaten

---

37) Const. 28. de appell. 7. 62. Cap. 70. §. 2. x. eod. 2, 28.

38) Darüber, daß mit eingetretener Gemeinſchaft des Rechtsmittels ein einſeitiger Verzicht des Appellanten nicht verhindern kann, daß Appellat Abhäſionsbeſchwerden vorbringe, iſt weniger Streit (Boehmer l. c. S. 14. Ulich a. a. O. §. 143. Mehlen a. a. O. §. 16. 21. Gönner Handb. III. Abh. 57. §. 26. Abh. 60. §. 23. Ziff. 5.) als über den Zeitpunkt des Eintritts der Gemeinſchaft. Bayer Vorträge S. 496. Linde Lehrbuch des Civilproc. Aufl. 2. §. 393. Eine (Großherzogl.) Heſſiſche Verordn. v. 17. März 1797. §. 11. Ziff. 7. entſcheidet dieſen Punkt auf folgende Weiſe: „Sollte der Appellant ſeiner Berufung entſagen, oder die ihm vorgeſchriebenen Nothfriſten verſäumen, ehe noch die Communciation des Appellationslibells ad excipiendum beſchloſſen iſt, und der Appellat gegen dieſelben Punkte, wovon appellirt worden, eine Beſchwerde führen wollen, ſo ſoll derſelbe zu deren Ausführung nur alsdann zugelaſſen werden, wenn er innerhalb der Nothfriſt von 10 Tagen principaliter appellirt hat; wohingegen in dem Falle, da der Appellant erſt nach beſchloſſenem decreto communicatorio die Appellation fallen läßt, dem Appellaten die Berufung für ſich zu verfolgen, und ſeine Beſchwerden beſonders auszuführen, ohne Unterſchied, er mag mit appellirt haben oder nicht, unbenommen bleibt."

39) Const. 5. S. 4. de temp. et repar. 7, 63. (Justinian 529.) Nov. 49. pr. C. 1.

ſichert, fügt er hinzu, daß in dieſer Sachlage durch Verzicht auf die Appellation das Verfahren nur dann vermieden werden könne (sin autem partes inter se scriptura interveniente pacissendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire, eorum pactionem firmam esse censemus [40]) wenn beide Theile hierüber ſchriftlich eine Uebereinkunft treffen. Dieſe Verordnung wurde durch die, im folgenden Jahre von Juſtinian gegebene Verordnung über den weiten Umfang der Gemeinſchaft des Rechtsmittels noch bedeutender [41]).

3) Ein auf Uebereinkunft beruhender Verzicht iſt natürlich immer gültig und zuläſſig, wo es ſchon ein einſeitiger wäre. Nach dem ältern römiſchen Rechte war deshalb auch nach eingelegter Appellation ein derartiger Vertrag unter den Partheien zuläſſig und der Richter angewieſen, ihn als entſcheidend zu betrachten [42]). Wenn dieſer Grundſatz durch die ſpätere Geſetzgebung auch erſchüttert worden, ſo iſt er durch die Juſtinianiſche jedenfalls wieder in Wirkſamkeit getreten [43]).

§. 6.

Von dem ſtillſchweigenden Verzichte.

Ein ſtillſchweigender Verzicht auf die Appellation ſetzt ſolche Handlungen voraus, aus denen der Wille, die Appellation fallen laſſen zu wollen, als nothwendige Folge her-

---

40) Const. 5. §. 6. cit.

41) Const. 39. de appellat. et consult. 7, 62. (Dat. VI. Kal. Apr. Constantinop. Lampadio et Oreste Cons. 530.)

42) Papinian. Tr. 40. §. 1. de pactis. 2, 14. Qui provocavit pactus est, inter diem certum pecunia, qua transegerat, non soluta, iudicatis se satisfacturum; iudex appellationis, nullo alio de principali causa decusso, iustam conventionem velut confessi sequetur.“ G. L. Boehmer l. c. §. 4. pag. 375.

43) Const. 5. §. 6. Cod. 7, 63.

vorgeht [44]). In den Gesetzen findet sich zwar eine mehrfache Anwendung eines stillschweigenden Verzichts; jedoch kenne ich keinen Fall, von einem solchen Verzichte vor verkündetem Urtheile, und Gönner bemerkt wohl richtig, daß sich ein stillschweigender Verzicht wohl nur nach verkündetem Urtheile, also nach vorhandener Beschwerde denken lasse [45]).

In der Rechtspflege macht es die meiste Schwierigkeit, in concreten Fällen zu beurtheilen, ob aus einer vorgenommenen Handlung ein Verzicht abzuleiten sey, oder nicht. Für die wenigen Fälle, worin die Gesetze den Schluß schon selbst gemacht haben, fällt begreiflich jene Schwierigkeit fort, weil, wenn in solchen sich auch der Mangel an Schlußkraft nachweisen ließe, die gesetzliche Disposition als Fiction in die Mitte treten würde [46]), wie das bei Versäumung von Nothfristen unbedenklich geschehen muß, in welchem Falle das canonische Recht auch wohl einen Verzicht auf das Rechtsmittel unterstellt [47]), was eben nicht nothwendig immer der Fall ist. In manchen andern Fällen schließt das Gesetz aus Thatsachen auf stillschweigenden Verzicht, die auch ohne Anleitung des Gesetzes dem Richter für die gleiche Folge concludent genug seyn würden [48]).

Es ist übrigens kaum möglich, in der Theorie mehr als den allgemein leitenden Grundsatz anzugeben, und der Bildung des Richters muß die Anwendung überlassen werden.

---

44) G. L. Boehmer l. c. §. 9. Gönner a. a. O. S. 192. Ulich a. a. O. §. 142. S. 174.

45) Gönner a. a. O. S. 191.

46) G. L. Boehmer l. c. §. 13.

47) Cap. 6. de appellat. in VI. 2, 15. Vergl. damit jedoch z. B. Cap. 1. eod. u. Cap. 26. x. 2, 28. „hoc saltem timore territus etc.“

48) Cap. 20. x. de off. et potest. iud. deleg. 1, 29. Cap. 25. x. de test. 2, 20. Der Inhalt dieser und anderer Gesetze wird unten im Text angegeben werden.

Da man jedoch in der Wiſſenſchaft darauf eingegangen iſt, einige Grundſätze ſpecieller zu characteriſiren, ſo dürfte es nicht überflüſſig ſeyn, hier in eine nähere Prüfung derſelben einzugehen.

§. 7.

In wiefern liegt in Anträgen an den Unterrichter ein ſtillſchweigender Verzicht auf das eingelegte Rechtsmittel?

Man behauptet nämlich, auch dann müſſe ein Verzicht des Appellanten auf die Appellation angenommen werden, wenn er, ohne das angefochtene Erkenntniß zu befolgen, ſich in ſolchen Punkten wieder an den Unterrichter wende, welche wegen der interponirten Appellation nicht vor den Unterrichter, ſondern vor den Appellationsrichter gehörten. Als Gründe führt man dafür folgende an: da nicht zu vermuthen ſtehe, daß die Parthei auf einem unzuläſſigen Wege ihren Zweck zu erreichen ſuchen werde, vor der Aufgabe der Berufung aber der Unterrichter auf die geſtellten Anträge nicht verfügen könne, ſo laſſe ſich das Angehen deſſelben nur aus dem Geſichtspunkte eines Verzichts auf die eingelegte Berufung erklären [49]).

Gegen dieſe Grundſätze ſcheinen aber nicht unerhebliche Zweifel erregt werden zu können. Was zunächſt die Vermuthung, auf welche der Verzicht gebaut werden ſoll, anbetrifft, ſo wird dabei vorausgeſetzt, daß die Parthei, welche die Anträge bei dem Unterrichter ſtellt, wiſſe, daß der Unterrichter auf jene Anträge nicht verfügen dürfe, ſo lange ſie, die Parthei, nicht auf das eingewendete Rechtsmittel verzichtet habe. Allein dieſe Vorausſetzung läßt ſich im All-

49) Heiſe und Cropp juriſt. Abhandl. Hamb. 1830. B. 2. S. 332 f. J. H. Boehmer J. E. P. II. 28. §. 37. G. L. Boehmer de appellat. interpositae renunciatione. §. 10. (in Elect. Jur. civ. T. I.) Ulich Abh. von Appellationen. §. 142. S. 174 f. Gönner Handb. III. 57. §. 37. S. 199.

gemeinen unmöglich machen; ihr Grund hängt durchaus von der rechtswissenschaftlichen Bildung des Antragstellers ab, und will man dagegen einwenden, daß jene Voraussetzung auf einem Rechtsgrundsatze beruhe, welchen jeder kennen müsse, so entsteht die Frage, ob die positiven Gesetze einen solchen Grundsatz enthalten. Aber auch diese Frage scheint verneint werden zu müssen. Die für das Gegentheil angeführten Gesetze sprechen von dem unterstellten Falle durchaus nicht Rücksichtlich des cap. 54. x. de appellat. ergiebt sich die Richtigkeit dieser Behauptung sofort, wenn man sich durch Ansicht jenes Gesetzes überzeugt, daß darin nicht von dem Falle die Rede ist, wo der Appellant Anträge an den Unterrichter, gegen dessen Erkenntniß appellirt ist, sondern an einen höhern Richter gestellt hat [50]). Zwei andere Stellen aber, nämlich cap. 20. x. de officio et potestate iudicis delegati und cap. 25. x. de testibus enthalten in der That nichts weiter als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, wofür sie oben angeführt sind, nämlich: wenn ein Appellant sich über ein Erkenntniß beschwert, und dieses dennoch freiwillig erfüllt, so wird es angesehen, als wenn er auf die Beschwerdeführung verzichtet habe.

Beide Stellen reden von Anträgen, welche die Appellanten, nach eingelegter Appellation gegen das Erkenntniß, bei dem Unterrichter gestellt, und, wodurch sie Handlungen eingeleitet hatten, wozu sie durch das angegriffene Erkenntniß veranlaßt werden konnten.

In dem einen Falle hatte nämlich Pabst Lucius für eine Streitsache Richter bestellt, und als dieser Pabst, wäh-

50) Deshalb benutzen auch die ältern Juristen diese Stelle zur Begründung der Ansicht, daß eine Renunciation auf die Appellation auch dann angenommen werden müsse, wenn der Appellant sich nur an einen höheren Richter als den iudex a quo, aber doch an einen solchen, dem der iudex ad quem vorgesetzt sey, wende. Schweder l. c. p. 906 am Ende.

rend der Verhandlung des Proceſſes vor dieſen Richtern, ſtarb, appellirte der eine Theil, und, wie aus den Worten occasione mortis praedecessoris nostri hervorgeht, deshalb, weil er annahm, daß mit dem Tode des Committenten, die Jurisdiction der Commiſſarien erloſchen ſey. Nach eingelegter Appellation hatte aber der Appellant dennoch die Sache bei den Commiſſarien fortgeſetzt, geantwortet, und Zeugen vorgeführt. Jene Appellation wird nun im Geſetze nicht als ein Hinderungsgrund für die Gültigkeit der vor den Commiſſarien nach der Appellation vorgenommenen Handlungen angeſehen [51]). Der Grund weshalb eine ſolche Appellation den Richter nicht hindert, auf Antrag des Appellanten in der Sache fortzuſchreiten, wird in dem andern Geſetze, worin dieſe Frage ex profesſo behandelt worden iſt, beſtimmt ausgedrückt [52]). In dieſem wird nun außerdem die Frage aufgeworfen: Utrum is intelligatur appellationi renunciasse, qui, ea interposita, ad producendos testes inducias postulavit, et demum productioni et allegationi renuncians, attestationes petiit solenniter publicari? und hierauf wird entſchieden; „videtur ab appellatione recessum, si secundum ea, quae praemissa sunt, eum, qui appellaverit, constiterit processisse.“

Keine dieſer Stellen ſetzt demnach ein allgemeines Princip feſt, ſondern entſcheidet, ob nach der concreten Sachlage ein Verzicht auf die eingewendete Appellation angenommen werden dürfe. Allerdings mußte nun der Entſcheidung ein allgemeiner Grundſatz zum Grunde liegen, der daraus als Regel durch die Doctrin abgeleitet werden ſoll. Nach dem Umfange der Fälle und der Faſſung der Entſcheidung läßt ſich aber kein ſo umfaſſendes Princip, wie die jenſeitige Theorie es aufſtellt, ſondern nur ein beſchränkteres daraus abſtrahiren, nämlich dieſes:

51) Cap. 25. x. de test. 2, 20.

52) Cap. 20. x. de off. et potest. iud. 1, 19.

1) Wenn eine Parthei die Zuſtändigkeit eines Richters beſtreitet, und deshalb appellirt, aber dennoch vor dieſem Richter auch nach eingelegter Appellation den Proceß fortführt, ſo wird es angeſehen, als habe ſie auf die Appellation verzichtet.

2) Wenn eine Parthei gegen ein Erkenntniß Appellation einwendet, hinterher aber dennoch vor dem Unterrichter diejenigen Handlungen, welche Gegenſtand der Appellation ſind, freiwillig vornimmt, ſo wird angenommen, ſie habe auf die Appellation verzichtet.

Es macht nun aber einen großen Unterſchied ob man ſagt: die freiwillige Befolgung des angefochtenen Erkenntniſſes gilt für einen Verzicht auf die Appellation; oder, wenn der Appellant, ohne das angefochtene Erkenntniß zu befolgen, ſich in ſolchen Punkten wieder an den Unterrichter wendet, welche wegen der interponirten Appellation nicht vor den Unterrichter, ſondern vor den Appellationsrichter gehören, ſo gilt dieſes für einen Verzicht auf die Appellation.

Wer ſich durch ein Erkenntniß des Richters für beſchwert erachtet, deshalb auch die nothwendigen Einleitungen trifft, damit das Erkenntniß nicht in Vollzug geſetzt werden kann, und nachdem dieſes geſchehen iſt, dennoch freiwillig dem Erkenntniſſe nachlebt, von dem kann mit vollem Grunde vermuthet werden, daß er ſich entweder von der Gerechtigkeit des Erkenntniſſes hinterher überzeugt, oder ſich entſchloſſen habe, von ſeinem Rechte auf Abänderung keinen Gebrauch zu machen. Wenn es irgend eine vernünftige Vermuthung, ein zureichender Schluß von einer Handlung auf die Abſicht des Handelnden giebt, ſo iſt es hier der Fall [53]).

53) So concludente Handlungen benutzte auch das römiſche Recht zu gleich ſtrengen Schlüſſen. Const. 5. de re iud. 7, 52. „Ad solutionem dilationem petentem, acquievisse sententiae manifesto probatur: sicut eum, qui quolibet modo

Wer ſich dagegen über ein Erkenntniß beſchwert, deſſen Vollzug durch Einwendung der Appellation verhindert, dem Erkenntniſſe nachzuleben ſich fortwährend weigert, aber bei dem Richter, der das beſchwerliche Erkenntniß erlaſſen hat, Anträge ſtellt, die wegen der eingelegten Appellation nicht mehr vor den Unterrichter, ſondern vor den Oberrichter gehören, von dem kann deshalb kein Verzicht auf die Appellation vermuthet, ſondern nur geſagt werden, daß er eine incompetente Behörde angegangen habe, und aus dieſem Grunde mit ſeinem Geſuche abgewieſen werden müſſe.

Man traut den Partheien und ihren Sachführern in der That ſehr viel Rechtlichkeit und juriſtiſche Bildung zu, wenn man glaubt annehmen zu dürfen, daß keine Parthei auf unzuläſſigem Wege ihre Zwecke zu erreichen ſuchen werde, und daß ſie wiſſe, nicht blos, daß vor Aufgabe der Berufung der Unterrichter auf die geſtellten Anträge nicht verfügen dürfe, ſondern auch, daß deshalb aus dem Antrage ein Verzicht auf die Appellation werde gefolgert werden. Da die Annahme eines ſolchen Verzichts unter ſolchen Umſtänden nicht durch eine poſitivrechtliche Vorſchrift gebilligt iſt, ſo kann der Richter den Verzicht auch nur dann aus allgemeinen Gründen annehmen, wenn die Vorausſetzungen, aus denen er hergeleitet wird, im Leben ſo eintreten, wie ſie in der jenſeitigen Theorie als begründet angenommen werden. Dieſes iſt aber ſchwerlich der Fall. Die Partheien kümmern ſich in der Regel wenig darum, ob der Weg zuläſſig oder unzuläſſig iſt, wenn ſie nur den Zweck darauf zu erreichen hoffen dürfen. Daß aber der Richter aus einem Antrage gedachter Art einen Verzicht folgern würde, dürfte nicht einmal jeder Juriſt befürchten [54]).

---

sententiae acquieverit. Nec enim instaurari finita, rerum iudicatarum patitur auctoritas.“ Wenn dieſe Beſtimmung auch nicht für Fälle gegeben iſt, wo Appellation ſchon erfolgt iſt, ſo darf man ſie wegen Const. 28. de appellat. 7, 62. doch unbedenklich darauf anwenden.

54) Mevius Dec. P. VII. D. 93. N. 13. Schweder l. c. §. 17. pag. 905, 6.

Wenn Gönner (Handb. III. S. 196.) lehrt: „wer vom vorigen Richter eine Handlung begehrt, die nur kraft der durch ein devolutives Rechtsmittel suspendirten Gerichtsbarkeit vorgenommen werden kann, thut einen Schritt, welcher mit dem devolutiven Rechtsmittel im Widerspruche steht, oder von welchem das Nichtdaseyn des devolutiven Rechtsmittels die Bedingung ist, in demselben liegt also ein stillschweigender Verzicht auf das Rechtsmittel;“ — so beruht dieser Schluß theils auf falschen Vordersätzen, theils fehlt es ihm an richtiger Folge. Es folgt nämlich daraus, daß eine Handlung einer Parthei mit einem Rechtsmittel im Widerspruche steht, nicht nothwendig, daß durch jene Handlung auf das Rechtsmittel verzichtet ist, sondern nur, daß entweder jener Handlung, oder dem Rechtsmittel keine weitere Folge gegeben werden darf, weil das eine das andere ausschließt. Wenn nun die zur Frage stehende Handlung nicht durch eine gesetzliche Disposition als eine solche characterisirt ist, welche als ein Verzicht angesehen werden soll [55]), so ist es rein thatsächliche Frage, ob ein Verzicht anzunehmen sey, und da nun nach Gönners eigener und richtiger Theorie aus der Handlung der Verzicht nothwendig folgen muß, was im unterstellten Falle, wenn nicht andere Gründe hinzukommen, nicht der Fall ist, so ergiebt sich das Resultat von selbst. In wirklichen Fällen wird immer viel auf die ganze Lage der Sache ankommen, weil in der That kein anderer Grundsatz befolgt werden darf, als daß aus einer Handlung, insbesondere also auch aus dem Angehen des Unterrichters nach erfolgter beschwerlicher Sentenz, und gar nach schon erfolgter Appellation, nur dann ein Verzicht auf die Appellation abgeleitet werden kann, wenn es keinem vernünftigen Zweifel unterliegt, daß die handelnde Parthei bei ihrer Handlung diese Absicht hatte.

55) Wie dieses durch Const. 5. de re iud. 7, 52 Cap. 20. x. 1, 29, Cap. 25. x. 2, 20. Cap. 6. in VI. 2, 15. für einzelne Fälle geschehen ist.

§. 8.

Inwiefern wird durch Proteſtation die Annahme eines Verzichts verhindert?

Man hat ferner noch die Frage aufgeworfen: ob eine Parthei, welche Anträge an den Unterrichter ſtellt, aus denen ein ſtillſchweigender Verzicht auf die eingelegte Appellation gefolgert werden könnte, ſich das Recht auf die eingelegte Berufung nicht dadurch erhalten könne, daß ſie die Proteſtation ausdrücklich ausſpricht, ſie wolle durch ſolche Anträge der eingelegten Berufung nicht entſagt haben, ſondern ſolche fortwährend geltend machen. Angeſehene Rechtslehrer [56]) haben dieſe Frage auf den Grund einer Stelle des canoniſchen Rechts [57]) verneint, und ich ſelbſt habe ſeither

56) G. L. Boehmer l. c. §. 10. Gönner a. a. O. III. S. 196 f. Ulich a. a. O. S. 175.

57) Cap. 54. x. de appellat. 2, 28. (Innocentius III. c. a. 1213.) „Sane cum sicut recepimus, duobus coram Episcopo litigantibus, alter eorum ad sedem Apostolicam appellasset, Episcopus appellantem reputans contumacem, ipsum excommunicationis vinculo innodavit, qui coram Metropolitano de Episcopo sibi petiit iustitiam exhibere, asserens, quod post appellationem legitime ad nos interpositam, ipsum excommunicaverat, et petens se ad eum statum, in quo fuerat appellationis tempore, a Metropolitano reduci, denunciari videlicet absolutum, adiiciens etiam, quod appellationi non renunciabat obiectae, sed prosequi volebat eandem. Nos igitur inquisitioni tuae taliter respondemus: quod sicut Metropolitanus de appellatione ad nos interposita cognoscere omnino non valet, sic nec de his, quae post appellationem fuerant innovata, dummodo de aliis cognosci non possit, nisi de appellatione pariter cognoscatur, vel de his, quae appellationis causam contingere dignoscuntur. In quo casu, si Metropolitanus ad cognoscendum partes suas interponere forte praesumeret, Episcopus posset ad appellationis beneficium convolare: nam ad officium eius, qui de appellatione cogniturus est, pertinet prudenter corrigere, quae contra ipsam invenerit attentata. Si vero notorium existeret, quod mandatum Episcopi indiscretum fuerat et iniustum, cui non tenebatur subditus obedire, ac per consequentiam ei liqueat eviden-

dieſe Anſicht dem poſitiven Rechte gemäß gehalten [58]), ſo ungeſchickt ſie mir nach allgemeinen Grundſätzen auch immer geſchienen hat. Cropp [59]) hat nun aber in neurer Zeit ſich für die entgegengeſetzte Anſicht ausgeſprochen, und dieſe, wie es mir ſcheint, mit unwiderlegbaren Gründen gerechtfertigt, und ich nehme, eines Beſſeren belehrt, meine frühere Anſicht gern zurück. In dem Intereſſe, welches dieſer Grundſatz hat, darf ich Entſchuldigung finden, wenn ich die weſentlichſten Gründe Cropps hier wiederhole. Er ſagt, der für die entgegengeſetzte Anſicht geltend gemachte Grundſatz: daß die einem Acte hinzugefügte Proteſtation da wirkungslos ſey, wo das Geſetz mit einer Handlung oder Unterlaſſung nothwendig gewiſſe rechtliche Folgen verknüpft habe [60]), erſcheine keinesweges als zutreffend: denn die Geſetze ließen den Appellanten, welcher in einem vor den Appellationsrichter gehörigen Punkt, nicht dieſen, ſondern den Unterrichter angehe, nicht etwa zur Strafe hierfür das eingelegte Rechtsmittel verlieren, ſondern ſie ließen ſolchen Verluſt lediglich deshalb eintreten, weil ſie in jener Handlung die Abſicht des Appellanten ausgeſprochen fänden, das vorige Urtheil, oder doch wenigſtens die Jurisdiction des Unterrichters, und damit das Aufhören der Jurisdiction des Oberrichters anzuerkennen [61]). Sey aber dieſes die Anſicht der

ter subditum legitime provocasse: potest Archiepiscopus auctoritate Metropolitana declarare subditum irrationabiliter extitisse anathematis mucrone percussum. Cum autem excommunicatus, qui appellaverat, iuxta praescriptam formam coram Archiepiscopo deponit contra Episcopum quaestionem, Metropolitanus ad cognoscendum de causa potest interponere partes suas, cum ille appellationis prosecutioni renunciasse tacite videatur. Sed si verbo vel facto appellationem se velle prosequi protestetur, non est tanquam adversa petens, et sibi contrarius audiendus."

58) Linde Lehrbuch des Civilproc. Aufl. 2. §. 397.

59) Heiſe und Cropp a. a. O. S. 333 f.

60) Thibaut P. R. §. 205. Schweppe röm. Privatr. S. 397.

61) Cap. 20. x. 1, 19.

Geſetze, ſo müſſe auch die hinzugefügte Proteſtation ſich nach allgemeinen Grundſätzen als wirkſam erweiſen; denn wo der mit einer Handlung verknüpfte Nachtheil nur eine Folge der Abſicht ſey, welche man hierbei von dem Handelnden annehme, da könne dieſer ſolchem Nachtheile dadurch vorbeugen, daß er den Willensact unter der Erklärung vornehme, dabei jene Abſicht nicht zu hegen [62]), und ſichere ihn dieſe Proteſtation ſelbſt dann gegen die ihm nachtheilige Auslegung des Geſchäfts, wenn nunmehr der Act als erfolglos, unſtatthaft oder wohl gar als unerlaubt erſcheine [63]).

In Bezug auf Cap. 54. x. de appell. wird bemerkt: daß deſſen Schlußworte von einer Proteſtation, die der Appellant bei dem Erzbiſchofe eingelegt, zu verſtehen ſeye, wie das bereits bei der in der Stelle vorangeſchickten Geſchichtserzählung bemerklich gemacht worden. Wenn es nun heiße: der Appellant ſey mit ſeiner Bitte nicht zu hören, ſo könne das nicht bedeuten, er ſey mit ſeiner Proteſtation nicht zuzulaſſen, denn darüber habe nur der Pabſt, nicht der Erzbiſchof als der untergeordnete Richter, erkennen können, ſondern es könne nur ſo viel heißen, als: der Appellant ſey mit ſeinem an den Erzbiſchof geſtellten Geſuche abzuweiſen, weil er hiebei, wegen ſeiner Reſervation der an den Pabſt eingelegten Berufung, mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathe, indem nicht der Pabſt und zugleich der Erzbiſchof Jurisdiction in der Sache haben könnten [64]).

---

62) Schon Schweder l. c. §. 17. in f. hat die Anſicht gut ausgeführt: „quod si protestatio fiat contra id, quod ex actu colligitur per praesumtionem, tunc utique operatur, cum illa omnino valeat ad excludendam renunciationis praesumtionem. Ubi enim actus pluribus modis potest tacite intelligi, ille interpretari debet secundum sensum ipsius protestantis.

63) Dafür ſind angeführt: Fr. 34. de neg. gest. 3, 5. Fr. 14. §. 8. de relig. 11, 7. Fr. 20. §. 1. coll. pr. Fr. 21. pr. de A. v. O. H. 29, 2. Thibaut a. a. O. Schweppe a. a. O. S. 397.

64) Vergl. die Gloſſe zu Cap. 54. x. de appell. Schweder l. c. §. 17. pag. 907.

§. 9.

Inwiefern liegt in der Bitte um Abstellung der Beschwerde ein Verzicht?

Auch darüber streitet man: ob ein Rücktritt zum vorigen Richter mit einer Bitte um Abstellung der Beschwerde (imploratio pro removendo gravamine) einen stillschweigenden Verzicht auf die Appellation enthalte? Schon ältere Juristen behaupteten, daß hierin kein stillschweigender Verzicht liege, nam comparitio pro gravaminis revocatione impetranda tendit ad eundem finem, ad quem collimat appellatio, ideo huic contraria vel derogatoria non est [65]). G. L. Böhmer unterschied dagegen: ob die Appellation gegen ein simples Interlocut (Beiurtheil) oder ob sie gegen ein definitives oder doch demselben gleiches Urtheil ergriffen worden sey. Da in dem ersten Falle der Richter auch nach eingewandtem Rechtsmittel die Beschwerde noch selbst zu heben berechtigt, und seine Jurisdiction in solchem Falle überhaupt nicht eher suspendirt ist, bis der Oberrichter Inhibition erkannt hat, so könne der Appellant vor erkannter Inhibition vom Unterrichter dasjenige begehren, was von seiner Gerichtsbarkeit auch nach eingewandtem Rechtsmittel noch abhänge, ohne daß in der Handlung des Appellanten ein Verzicht liege. Wenn dagegen in diesem Falle schon Inhibition vom Oberrichter erkannt, oder gegen eine definitive oder ihr an Kraft gleiche Sentenz appellirt worden, dann liege in der Bitte um Abstellung der Beschwerde ein Verzicht auf das Rechtsmittel. Dieser Ansicht ist auch Gönner beigetreten [66]).

Was nun zunächst die von Böhmer gemachte Unterscheidung anbetrifft, so ist solche zwar in der Sache begründet, allein die darauf gebauten Grundsätze sind nicht überall

---

65) Scaccia de appellat. Q. 17. L. II. n. 21. Schweder l. c. §. 17. p. 950 seq. Mevius P. VII. D. 93. N. 13.

66) Gönner Handb. III. S. 198 f.

richtig. Bei der Appellation von ſolchen Beiurtheilen, welche nicht gleiche Kraft wie Endurtheile haben, kann vernünftiger Weiſe niemals die Frage aufgeworfen werden, ob in der Bitte an den Unterrichter, der Beſchwerde abzuhelfen, ein ſtillſchweigender Verzicht auf die Beſchwerde liege, wofern jene von erfolgter Inhibition von Seiten des Oberrichters angebracht iſt. Denn bei ſolchen Appellationen iſt, nach der darüber aufgeſtellten geſetzlichen Theorie, die Appellationseinwendung immer gleichſam zugleich eine Bitte um Abſtellung der Beſchwerde an den Unterrichter. Die Geſetze verordnen nämlich, daß ſolche Appellationen immer ſchriftlich eingereicht und die Urſachen der Beſchwerden ſogleich angegeben werden [67]), damit der Unterrichter ſolche ſelbſt noch heben kann [68]), und ſolche ſollen erſt dann zur Competenz des höhern Richters erwachſen, wenn der Unterrichter das gravamen nicht heben will [69]). Der Suſpenſiv-Effect tritt nicht eher ein, bis der Oberrichter inhibirt [70]), und auch dieſer ſoll in der Regel gar nicht, und jedenfalls erſt dann inhibiren, wenn evidens periculum in mora iſt, oder daraus damnum irreparabile erfolgen müßte, und dieſe Vorausſetzungen ſollen erſt beſcheinigt werden [71]). Bei der Beſtimmtheit dieſer geſetzlichen Theorie, kann demnach ein Juriſt in der That darüber keinen Augenblick im Zweifel ſeyn, daß die Bitte um Abhülfe der Beſchwerde vor erfolgter Inhibition keinen Verzicht auf die Appellation, die gewiſſermaßen

67) Cap. 1. de appellat. in VI. 2, 15. Cap. 10. eod. Cap. 59. 60. x. eod. 2, 28. Cap. 48. x. de sentent. excomm. 5, 39. Clem. 5. de appellat. 2, 12. Notariatsordn. v. 1512. Tit. IV. §. 1. C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 4. III. 31. §. 10. N. A. v. 1570. §. 91. D. A. v. 1600. §. 113. J. N. A. §. 58. 70. C. C. G. O. II. 32. §. 3.

68) Cap. 10. de appellat. in VI. 2, 15.

69) Cap. 60. X. 2, 28.

70) Cap. 7. de appellat. in VI. 2, 15. Cap. 2. de dolo et contum. 2, 6.

71) N. A. v. 1594. §. 94.

durch eine ſolche Bitte, (welche ſich der Richter, wenn ſie nicht ausdrücklich an ihn gerichtet worden, hinzu denken darf,) bedingt iſt, enthalte.

Sobald aber in Appellationsſachen von Beiurtheilen, welche nicht gleiche Kraft wie Endurtheile haben, Inhibition erkannt iſt, gilt in Bezug auf das Gravamen ganz daſſelbe, was von einem durch ein Definitivurtheil oder einem dieſem an Kraft gleichen Beiurtheile gilt, es darf alſo der iudex a quo die Beſchwerde ſelbſt nicht mehr heben [72]), thäte er es dennoch, ſo beginge er ein Attentat, wovon unter andern auch die Folge eintrete, daß der Oberrichter die Verfügung caſſirte und wirkungslos in ihren Folgen machte. Die Befugniß, ſolche Beſchwerden jetzt wieder aufzuheben, liegt gar nicht in der Gewalt des Unterrichters, nicht etwan deswegen, weil durch die Inhibition [73]) und reſp. Appellation ſeine Jurisdiction ſuspendirt iſt, ſondern deswegen, weil die Jurisdiction des Unterrichters in dieſer Lage der Sache ihn niemals zur Zurücknahme der Beſchwerde befugt, ſeine Jurisdiction ihrem Begriffe nach eine ſolche Befugniß ausſchließt [74]). Es iſt alſo durchaus unrichtig, wenn man mit Böhmer, Gönner u. A. ſagt, durch die imploratio pro removendo gravamine in den beiden bemerkten Fällen, werde die wegen der gebrauchten Rechtsmittel ſuspendirte Gerichtsbarkeit anerkannt, denn nach dem Obigen iſt das rein unmöglich, weil der Implorant of-

---

72) Cap. 7. de appellat. in VI. 2, 15.

73) Deshalb unterſcheidet das canoniſche Recht bei Beiurtheilen ſo ſcharf, ob inhibirt iſt oder nicht. Durch die Appellation wird hier zwar auch die Jurisdiction ſuspendirt, aber nicht mit der Wirkung, daß der Richter das Gravamen nicht revociren dürfte (Cap. 10. de appellat. in VI. 2, 15.), aber durch die Inhibition wird auch bei Appellationen von Beiurtheilen der iudex a quo in gleicher Maße gebunden, wie bei Endurtheilen (Cap. 7. eod.).

74) Linde Lehrbuch des Civilproc. Aufl. 2. §. 383., woſelbſt die Geſetze und die Modificationen angegeben ſind.

fenbar eine Gerichtsbarkeit anerkennen würde, die gar nicht existirt, und die deshalb auch nicht als suspendirt betrachtet werden kann, und der also auch kein Appellant ein Wiederaufleben zu verschaffen im Stande ist. Wenn nun aber der Grund, weshalb der Appellant als auf das Rechtsmittel verzichtend, und dieses verlierend angesehen werden soll, blos in der Anerkennung der angeblich suspendirten Gerichtsbarkeit des Unterrichters liegt, diese aber, weil sie nicht existirt, auch nicht anerkannt werden kann, so fällt mit dem Grunde das Begründete, d. h. jener behauptete Verzicht kann mit dem dafür angeführten Grunde nicht begründet werden. Einen andern Grund für jenen stillschweigenden Verzicht hat aber noch Niemand angeführt und wird sich auch wohl nicht auffinden lassen. Es wird demnach jene Imploration um Abhelfung der Beschwerde beim Unterrichter nur die Folge erzeugen, daß dieser den Imploranten damit an den Oberrichter weist.

§. 10.

Inwiefern kann ein Streitgenosse zum Nachtheile seiner Consorten verzichten?

Besondere Schwierigkeiten zeigen sich bei Beurtheilung des Verzichts auf die Appellation, wenn dieser von einem Litisconsorten ausgegangen ist.

Wenn sämtliche Litisconsorten auf ein Rechtsmittel verzichtet haben, so bietet der Fall keine Eigenthümlichkeiten dar, und wird nach denselben Grundsätzen beurtheilt, die auch außer dem Falle, daß auf einer Partheienvolle Streitgenossen stehen, gelten.

Wenn dagegen von Streitgenossen einer oder einige ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet haben, einer oder einige aber nicht, oder ein Verzicht bei diesen doch nur durch eine gesetzliche Fiction eintritt, dann entsteht die Frage: inwiefern der Verzicht eines Streitgenossen dem andern schade?

Wir haben mehrere Gesetzesstellen, in welchen sehr allgemein der Grundsatz ausgesprochen ist, daß bei Streitgenos-

ſen jeder derſelben auch ohne die andern appelliren könne, und ein obſiegliches Urtheil auch denen, die nicht appellirt haben, nützen ſolle, wenn alle Streitgenoſſen dieſelbe Sache aus denſelben Gründen vertheidigten.

Tit. Cod. Si unus ex pluribus appellaverit. 7, 68. Imp. Alexander A. Licinio.

Const. 1. „Si iudici probatum fuerit, unam eandemque condemnationem eorum quoque, quorum appellatio iusta pronunciata est, fuisse, nec diversitate factorum separationem accipere, emolumentum victoriae secundum ea, quae saepe constituta sunt, ad te quoque, qui nec provocasti pertinere non ignorabit.“

Const. 2. „Si in una eademque causa unus appellaverit, eiusque iusta appellatio pronunciata est: ei quoque prodest: qui non appellaverit. Quod si aetatis auxilio unus contra sententiam restitutionem impetraverit, maiori, qui suo iure non appellaverit, hoc rescriptum non prodest.“

Cap. 72. x. de appellat. 2, 28. „Una sententia pluribus condemnatis, si unus solus ad appellationis beneficium convolaverit, illius victoria iure communi caeteris suffragatur, si communi iure iuventur; idemque negotium, et eadem causa defensionis existat.“ (Georg IX. c. a. 1235.)

Hierauf haben einige die Behauptung gebaut, daß wenn ein Streitgenoſſe allein appellirt habe, und nachher auf die Appellation verzichte, oder ſie deſert werden laſſe, die andern Litisconſorten, welche nicht appellirt haben, dennoch die Appellation verfolgen können, gleichgültig, ob das die Streitgenoſſen gemeinſchaftlich intereſſirende Rechtsverhältniß theilbar oder untheilbar ſey [75]). Dagegen meinten andere, der nicht appellirende Streitgenoſſe habe während der anhängigen Appellation kein ius quaesitum auf das von dem Conſorten

75) Schweder l. c. §. 13.

gebrauchte Rechtsmittel, ſondern nur eine spem iuris auf den Sieg. Wenn alſo der appellirende Conſors auf die Appellation verzichte, oder ſolche deſert gehen laſſe, ſo könne der nicht appellirende, weder aus eignem Rechte, weil er dieſes nicht habe, noch aus dem ſeines Conſorten, weil dieſes erloſchen ſey, die Appellation fortſetzen [76]).

Dagegen hat Martin in neurer Zeit allgemein den Grundſatz aufgeſtellt, daß einem Streitgenoſſen ſeines Conſorten alleiniges Unternehmen in der Proceßverhandlung nur aus einem doppelten Geſichtspunkte nützlich werden könne, nämlich

1) entweder wegen des innern genauen Zuſammenhangs, wegen der Unzertrennlichkeit ihres gemeinſamen Intereſſe in Beziehung auf den Gegenſtand des Rechtsſtreits; oder

2) auch ohne eine ſolche Vorausſetzung, folglich bei theilbarem Rechtsverhältniſſe, inſofern bei dem allein handelnden Streitgenoſſen ſich die Eigenſchaft eines Bevollmächtigten oder Geſchäftsführers ſeines Conſorten finde. Die Richtigkeit dieſer Unterſcheidung hat Martin überzeugend nachgewieſen [77]), und wendet man dieſe auf unſern Gegenſtand an, ſo ergiebt ſich

I. in Bezug auf untheilbare Rechtsverhältniſſe, daß wenn

---

76) J. W. Textor de beneficio adhaerendi appellationi. §. 10. G. L. Boehmer l. c. §. 13. Dieſe Anſicht ſanctionirte eine (Großherzogl.) Heſſiſche Verordn. v. 17. März 1797. §. 11. Ziff. 11. „Ob auch gleich die von einem Litis-Conſorten eingewandte Berufung der übrigen Streitgenoſſen ſchon nach den gemeinen Rechten, ſowohl bei theilbaren als untheilbaren Objecten ipso iure zu gut kommt: ſo ſollen doch dieſe, wenn ſie nicht mit appellirt haben, die vom Appellanten aufgegebene und deſerirte Appellation fortzuſetzen nicht befugt ſeyn, und darauf, ob ſie etwa der Appellation adhärirt haben oder nicht, keine Rückſicht genommen werden."

77) Martin und Walch Magazin für den gemeinen Teutſchen bürgerl. Proc. I. 3. S. 346 — 372.

1) ein Streitgenoſſe die Appellation einlegt und verfolgt, der andere aber ausdrücklich oder ſtillſchweigend verzichtet, der Verzicht ihm

a) dann nicht ſchadet, wenn der handelnde Streitgenoſſe ſiegt. Selbſt dann nützt dem nichthandelnden Conſorten der Sieg, wenn der handelnde auf den Grund der Reſtitution wegen Minderjährigkeit den Sieg erwirkte, weil die in Const. 2. si unus ex plur. zwar allgemein gefaßte entgegengeſetzte Entſcheidung doch nur auf theilbare Rechtsverhältniſſe bezogen werden kann [78]).

b) Wenn dagegen der allein handelnde Conſorte, bevor noch ein Urtheil erfolgt iſt, gleichfalls ausdrücklich oder ſtillſchweigend verzichtet, oder auch nur die Appellation deſert werden läßt, ſo iſt das hierdurch aufgegebene oder verlorene Recht nun auch für den nicht handelnden Conſorten verloren, weil jedem Betriebe der Sache von ſeiner Seite der Verzicht entgegen ſtehen würde, die Sache alſo in der Lage iſt, daß beide Streitgenoſſen verzichtet haben.

2) Ein dritter Fall iſt, wenn ein Streitgenoſſe allein die Appellation verfolgt, der andere aber nicht Theil nimmt, ohne jedoch ausdrücklich oder ſtillſchweigend verzichtet zu haben, ſo wird er, im Falle der allein handelnde Conſort ſiegt, natürlich nicht ſchlimmer gehalten, wie jener, der wirklich verzichtet hatte, d. h. er nimmt am Siege Theil; wenn dagegen der allein handelnde Conſorte nach eingewandter Appellation verzichtet oder das Rechtsmittel deſert werden läßt, dann ſoll nach einigen [79]) der, welcher ſeither nicht handelte, dennoch befugt ſeyn, das Rechtsmittel fortzuſetzen; nach andern aber auch dem, der nicht appellirt hat, alles Recht auf die Appellation erloſchen ſeyn [80]). Allein richtiger wird man hier unterſcheiden müſſen, ob der das Rechts-

78) Martin a. a. O. S. 352 f.

79) S. Schweder a. a. O.

80) S. Textor und Böhmer a. a. O.

mittel allein fortsetzende Consorte sich zugleich in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten oder Geschäftsführers gerirte, oder ob dieses nicht der Fall war. Im ersten Falle, der wohl immer angenommen werden muß [81]), wenn der allein handelnde Streitgenosse nicht erklärt hat, daß er nicht als Geschäftsführer oder Bevollmächtigter seiner Streitgenossen handeln wolle, und wenn una eademque causa defensionis [82]) vorhanden ist, treten auch hier die Grundsätze, über den Verzicht oder die Vernachlässigung durch den Bevollmächtigten ein [83]); woraus hervorgeht, daß die Rücksicht, ob der allein handelnde Streitgenosse zugleich in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten oder Geschäftsführers seines Consorten handelt, nicht blos bei theilbarem Rechtsverhältnisse [84]), sondern auch bei untheilbarem wichtig werden kann. Wenn dagegen der zweite Fall vorliegt, wenn also der allein handelnde Streitgenosse ausdrücklich erklärt hat, nur im alleinigen Interesse das Rechtsmittel verfolgen zu wollen, so kann diese Erklärung zwar nicht die Wirkung haben, daß, wenn er ein obsiegliches Urtheil auswirkte, dieses dem nichthandelnden Consorten nicht mit nützlich würde, weil dieser Erfolg wegen der Untheilbarkeit des Rechtsverhältnisses nicht ausführbar ist, und die Gesetze ganz unbedingt, für solchen Fall ohne Zweifel, ausgesprochen haben, daß dem nicht handelnden Theile das obsiegliche Urtheil nützen solle [85]); aber wohl hat jene Erklärung die Folge, daß, wenn der allein handelnde Consorte auf das Rechtsmittel verzichtet oder dasselbe desert gehen läßt, nun der nicht han-

81) Const. 2. de consort. eiusd. litis. 3, 4o.

82) S. unten Note.

83) Schweder l. c. §. 10. Joh. Philipp Streit de renunc. appell. Jen. 1752. §. 9. Mevius P. VI. D. 99.

84) Davon gebt Martin (a. a. O. S. 349) aus.

85) Blos in Bezug auf die emolumenta victoriae haben nämlich die Gesetze die gemeinschaftliche Nützlichkeit für untheilbare Rechtsverhältnisse anerkannt.

delnde dasselbe nicht fortsetzen kann. Aber auch nur für diesen Fall ist wahr, was G. L. Böhmer zu allgemein lehrte: „Appellatione itaque ipsius consortis vel per renunciationem vel per desertionem sublata, neque ex proprio iure, quod non habet, neque ex iure sui consortis, quod extinctum est, prosequi potest appellationem.“

II. In Bezug auf theilbare Rechtsverhältnisse, liegt es nicht in der Natur dieser, daß der Sieg des einen Streitgenossen nothwendig dem andern zu statten kommen muß, und man darf, seit Martins Ausführung es als bewiesen annehmen, daß dieses nur dann der Fall seyn kann, wenn der allein handelnde Streitgenosse, sich in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten oder Geschäftsführers seines Consorten gerirte, was aber hier, wie bei untheilbarem Rechtsverhältnisse, schon dann anzunehmen ist, wenn der allein handelnde Streitgenosse unbestimmt, d. i. nicht ausdrücklich wegen seines Antheils allein, die Appellation eingewendet hat [86]). Unter dieser Voraussetzung ist aber ferner nothwendig: daß ein und dasselbe Vertheidigungsmittel, welches von dem allein handelnden Consorten benutzt worden ist, auch dem nichthandelnden zustand [87]), und daß also der nichthan-

86) Es ist also nicht nothwendig, daß der allein handelnde Consorte, so lange er dazu nicht ausdrücklich aufgefordert wird, ausdrücklich angebe, daß er auch im Namen seines unthätigen Consorten handle, wie Martin a. a. O. S. 348 u. 372 wohl nicht ganz übereinstimmend mit S. 370 a. E. anzunehmen scheint, und aus Const. 8. ad exhib. 3, 42. Cap. 23. in f. de sentent. excommun. in 6. 5, 11. Fr. 1. pr. de appell. recip. 49, 5. dürfte nur herzuleiten seyn, daß auf Verlangen des Gegners der allein handelnde Streitgenosse sich ausdrücklich und bestimmt erklären müsse. Vergl. Const. 2. de consort. eiusd. lit. 3, 40.

87) Const. 2. Si unus ex plur. 7, 68. „unam eandemque condemnationem ... fuisse, nec diversitate factorum separationem accipere.“ Fr. 10. §. 4. de appellat. 49, 1. „Quod est rescriptum: in communi causa quoties alter appellat, alter non, alterius victoriam etiam ei proficere, qui non provocavit, hoc ita demum probandum est, *si*

delnde Streitgenoſſe insbeſondere nicht das Hülfsmittel, deſſen ſich der allein thätige Conſorte bedient, aufgegeben oder unwiederbringlich verloren hat. Wenn alſo bei theilbarem Rechtsverhältniſſe ein Streitgenoſſe durch wirkliche Befolgung des gegen ihn ergangenen Urtheils, oder auf andere Art dieſes ausdrücklich oder ſtillſchweigend anerkannt, überhaupt wenn er auf den ganzen Rechtsſtreit, oder auch nur auf das von dem allein handelnden Streitgenoſſen ergriffene Rechtsmittel verzichtet hat, ſo kann er durch die Appellation dieſes allein handelnden Conſorten nicht mehr gewinnen. Es treten in dieſer Beziehung nothwendig die allgemeinen Grundſätze ein [88]; und daß dieſe Anſicht auch bei den Römern befolgt wurde, geht aus der von Ulpian herrührenden Stelle in Fr. 10. §. 4. de appell. „*iniquum* est enim eum, *qui agnoverat, sententiam, propter appellationem eius, qui non gesserat, obtinere*“, deutlich hervor [89]. Daß übrigens der Verzicht, den das canoniſche Recht dann präſumirt, wenn ein zur Appellation befugter die Appellationsfatalien nicht eingehalten hat [90], gegen den unthätigen Streit-

una eademque causa fuit defensionis. Caeterum si diversae alia causa est, ut in duobus tutoribus procedit, si alter tutelam gesserat, alter non attigerat, et is, qui non gesserat, provocavit; iniquum est enim, eum, qui idcirco agnoverat sententiam, quoniam gessisse se sciebat, propter appellationem eius, qui non gesserat, obtinere.“ Dieſer Grundſatz bewährt ſich auch durch die Beſtimmung in Const. 1. si unus ex plur., wornach die Reſtitution eines Streitgenoſſen wegen Minderjährigkeit, dem andern nichts nützt. Vergl. Const. un. si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur. 2, 26. Eben ſo liegt er klar im Cap. 72. x. de appellat. 2, 28. Martin S. 350 f.

88) Martin a. a. O. S. 359 ff.

89) Es iſt deshalb die Unterſtellung Martins a. a. O. S. 359, daß dieſe Beſchränkung für den unthätigen Streitgenoſſen in den Geſetzen nicht namentlich angeführt ſey, nicht richtig; wodurch aber die Anſicht dieſes Gelehrten in der Sache ſelbſt nur noch mehr begründet wird.

90) Cap. 6. de appellat. in VI. 2, 15.

genoſſen nicht als ein wahrhafter (ausdrücklicher oder ſtillſchweigender) Verzicht dahin geltend gemacht werden darf, daß er an dem Siege des thätigen Streitgenoſſen (vorausgeſetzt, daß die übrigen Bedingungen vorhanden ſind) keinen Antheil nehmen dürfte, verſteht ſich ſehr von ſelbſt, weil ja die ganze Lehre über die Theilnahme des unthätigen Streitgenoſſen an dem Siege des thätigen, in den Geſetzen auf die Vorausſetzung gebaut iſt, daß der erſte in der Appellationsinſtanz nicht handelt, alſo auch keine Fatalien beobachtet hat.

Hiernach ſtellt ſich dann, in Bezug auf theilbare Rechtsverhältniſſe als Reſultat heraus:

1) wenn ein Streitgenoſſe die Appellation ergreift, der andere aber ausdrücklich oder ſtillſchweigend wahrhaft verzichtet, der Sieg des Erſteren dem Letztern niemals nützet.

2) Wenn ein Streitgenoſſe zwar allein die Appellation ergreift, der andere aber unthätig bleibt, ohne jedoch auf das Rechtsmittel verzichtet zu haben, ſo iſt dieſe Nichttheilnahme allein kein Grund, ihn von dem Nutzen eines obſieglichen Urtheils auszuſchließen, ſobald die übrigen oben angegebenen Bedingungen für die Theilnahme vorhanden ſind, und wenn unter dieſer Vorausſetzung der allein handelnde Streitgenoſſe nach eingelegter Appellation auf dieſe verzichtet, oder ſie deſert werden läßt, ſo treten rückſichtlich der Frage: welche Folgen dieſes für den unthätigen Genoſſen hat, die Grundſätze über den Verzicht oder Nachläſſigkeit von Seiten eines Bevollmächtigten ein.

§. 11.

Inwiefern wirkt der Verzicht auf Dritte?

Bekanntlich können nicht blos die ſtreitenden Theile, ſondern auch Dritte ex iusta causa von einer, für den unter dritten geführten Rechtsſtreite ergangenen Sentenz, appelliren, die ſchon anhängige Appellation fortſetzen [91]). Daß

91) Fr. 4. §. 2—5. Fr. 5. de appellat. 49, 1. Fr. 29. de inoff. testam. 5, 2. Fr. 14. pr. de appell. 49, 1. Cap. 17. x. de sent. et re iud. 2, 27. Cap. 54. x. de appellat. 2, 28. „*Epis-*

in einem ſolchen Falle der Verzicht eines der ſtreitenden Theile ſolchen Dritten, zur Appellation Berechtigten in keinem Falle ſchaden kann, geht aus dem Zwecke, wofür ſolche Appellationsbefugniſſe geſtattet ſind, deutlich hervor [92], und weil Colluſionen, Nachläſſigkeit, und anderes abſichtlich böſes Beginnen der ſtreitenden Theile dem zur Appellation berechtigten Dritten nicht ſchaden ſoll, ſo ergiebt ſich daraus, daß mit Unrecht manche [93] den Grundſatz als allgemeine Regel aufgeſtellt haben: daß ſolche Dritte die Streitſache in der Lage fortſetzen müßten, worin ſie dieſelbe übernommen [94].

(Beſchluß im nächſten Hefte.)

---

copus posset ad appellationis beneficium convolare.“ J. H. S. Fresenius (Pr. J. F. Malblanc) de interventione in iudicis, et speciatim de tertii appellatione. Tübing. 1803. Sect. II. pag. 55 seq.

92) S. auch Fr. 5. §. 3. 4. cit. Causa 2. q. b. can. 30. Cap. 15. x. de off. et potest. iud. deleg. Cap. 16. x. de elect. et elect. potest. Cap. 19. x. de iureiur. Fresenius l. c. §. 3. pag. 59.

93) Stryck de comm. appell. Cap. 4. n. 57. 64 seq. Schweder l. c. §. 12. in f.

94) Eine (Großherzogl.) Heſſiſche Verordn. v. 17. März 1797. §. 11. Ziff. 12. beſtimmt: „Wenn ein Dritter wegen ſeines eignen Vortheils von einer Sentenz appelliren will, ſo ſoll derſelbe ſolches innerhalb 10 Tagen, von Zeit der geſetzmäßigen erlangten Notiz an thun, und die Formalien und Fatalien, wie ein anderer Appellant, beobachten; dahingegen derſelbe, wenn er nur die von einem andern gehörig eingewandte Berufung um ſeines eignen Intereſſe willen profequirt, oder blos um einer der ſtreitenden Partheien beizuſtehen, auftritt, daran nicht gebunden ſeyn ſoll.“